

【論説】

代理から援助へ

——オーストリアの法改正からの一考察——（2・完）

青木 仁美

目 次

はじめに	第5章 新法における代理の内容
第1章 法改正の過程	第1節 代理の開始と終了
第2章 成年者保護法の原則	第2節 代理人の義務と責任
第3章 能力に関する改正	第3節 濫用防止措置
第1節 専門用語の改正	第6章 医療同意権に関する改正
第2節 能力の内容に関する変更	おわりに
第4章 成年者保護法の4制度	(以上、本号)
第1節 配慮代理権	
第2節 選任された成年者代理	
第3節 法定成年者代理	
第4節 裁判所による成年者代理	
(以上、前号)	

第5章 新法における代理の内容

第1節 代理の開始と終了

1 代理の開始と任命制限

配慮代理権、選任された成年者代理および法定成年者代理は、オーストリア中央代理権目録に登録することによって有効となる（一般民法典 245 条 2 項¹⁾）。裁判所による成年者代理は、裁判所によって代理人が任命されるこ

とにより開始する (同 3 項²⁾)。

新法においても、特定の者が代理人から除外される。保護される権限を有する者 (同 21 条参照)、刑法上の判決により有益な代理権の行使が期待できない者、本人が滞在している施設と依存関係にあるか、それに匹敵する関係にある者が除外の対象となる (同 243 条 1 項³⁾)。

すでに多くの件数を任命されている者も除外される。受任件数の上限は 15 件であり、旧法 (5 件、旧 279 条) と異なり絶対的な制限となる⁴。このような上限を設けることによって、立法者は代理人の質を確保している⁵。成年者保護協会には、15 件という上限は適用されない。公証人と弁護士も、代理人候補者リストに上がっている者は上限の適用を受けない。弁護士、公証人は、同意がなくても、裁判所による成年者代理人として任命される⁶。

2 代理の組み合わせ

改正により創設された代理制度は、組み合わせで利用することができる。配慮代理権に成年者代理を加えたり、選任された成年者代理に法定成年者代理または裁判所による成年者代理を加えることが可能である⁷。

配慮代理権および成年者代理においては、複数の者が代理人となることができる。代弁人制度では、複数の代弁人を任命することは許されていなかった⁸。改正により、裁判所による成年者代理においても、複数の者を代理人として任命できるようになった。もっとも、代理人の任務範囲が重複してはならない (一般民法典 243 条 3 項⁹)。代理人が複数いても、オーストリア中央代理権目録には、代理人ごとに異なる任務が登録される。

3 代理の終了

配慮代理権および成年者代理権は、一般民法典 246 条 1 項に規定されている事由によって消滅する¹⁰。改正により、法定成年者代理および裁判所による成年者代理における代理権は、一定期間が経過すると消滅する。法定成年者代理の場合は、3 年の期限が切れる前に中央代理権目録に再登録しなければならない。裁判所による成年者代理は、期限が切れる前までに更新されなければならない。

第2節 代理人の義務と責任

1 財産管理

配慮代理権には、財産管理権に関する規定が存在しない。適切な指示は配慮代理契約の締結時に行われると考えられたからである¹¹。配慮代理権契約で取り決めがなされない場合に限り、財産管理に関する民法の規定が適用される（一般民法典 258 条 5 項¹²）。

成年者代理には、財産管理の規定が置かれている。財産管理の目的は、生活状況に応じた本人の必要性を満たすことにある。代理人は、本人が日常生活を送れるよう必要な現金を付与し、口座へのアクセスを可能にしておかなければならない（同 1 項¹³）。成年者代理人が日常生活を超える法律行為を行う場合には、裁判所の許可が必要となる（同 4 項¹⁴）。

2 代理人の希望探求義務

本人の自己決定は、代理される場合において、可能な限り確保されなければならない（一般民法典 241 条¹⁵）。代理人は、本人が自らの希望と考える枠組みにおいて生活環境を形成できるよう努力しなければならない。代理人は希望探求義務を負い、本人は財産または身上に関する事務を決定する際に発言権を有する（同 2 項）。

3 コンタクトをとる義務

成年者代理人は、必要な範囲で本人と個人的なコンタクトを取らなければならない（一般民法典 247 条¹⁶）。任務に法律知識または財産管理の知識が必要とされている場合を除いて、代理人は、少なくとも月に 1 度は本人とコンタクトを取らなければならない。配慮代理権者には、このような義務は課されていない。

4 守秘義務

配慮代理権者と成年者代理人には、守秘義務が課せられる（一般民法典 248 条¹⁷）。裁判所と関与する場合、および解任時ならびに本人の福祉の維

持に必要な場合には、守秘義務は課せられない (同 3 項¹⁸⁾)。代理人は、本人の特定の近親者に対して、本人の精神状態、身体的状態、居所および経済状況に関する情報を提供できる。本人がこれを望まず、情報提供が本人の福祉に反する場合には、この限りではない (同 2 項¹⁹⁾)。

5 報告義務

裁判所によるコントロールは、改正前に比べて強化された。すべての成年者代理人は、裁判所に対して、毎年、個人的に本人にとってのコンタクト、本人の居場所、健康状態、処理すべき事務、および翌年処理する事務に関して裁判所に報告しなければならない (一般民法典 259 条 1 項²⁰⁾)。財産管理または収入管理を行う成年者代理人は、職務開始時に、本人の財産状態を調査し、裁判所に報告し、その後決算を行う。裁判所は成年者代理人を監督し、必要な任務を指示する。配慮代理権者および成年者代理人は、代理権証書と医師の診断書 (公証人規則 140 条 h) を保管し、裁判所の要請に応じて提出する。本人の福祉に危険が生じている場合には、本人は裁判所に対して、いつでも適切な措置を求めることができる (一般民法典 259 条 4 項)。

6 責任

成年者代理人と配慮代理権者は、過失により損害を与えた場合には、本人に対して損害賠償責任を負う (一般民法典 249 条²¹⁾)。裁判所は、代理人の過失の程度または本人との関係を考慮して、賠償義務の免除および軽減を決定できる。

第 3 節 濫用防止措置

1 代理成立前

裁判所は、成年者代理人の選任に際し、成年者の必要性、希望、代理人の適合性および処理されるべき事務を配慮しなければならない (一般民法典 273 条 1 項)。この際、本人の福祉に必要な代理の行使が期待できない者および本人が利用する施設と依存関係にある者は、代理人から除外される。

配慮代理権は、登録時に有効となる (同 245 条 1 項)。選任された成年者

代理および法定成年者代理も、登録により開始する。登録行為を課すことによって、濫用を防止できると考えられている²²。登録者は、代理人の適性に疑義が生じる場合には登録を拒否し、裁判所へ伝達する（同 263 条 2 項²³、267 条 2 項²⁴ および 270 条 2 項²⁵）。

2 代理成立後

代理の成立後は、だれでも、本人が危険な状態にあることを裁判所に伝達することができる。裁判所は、常に、職権によって本人の福祉に必要な措置を講じることができる（一般民法典 259 条 4 項）。医療行為に関して本人と代理人の意見が相違すれば、裁判所が決定する（同 254 条）。配慮代理権者または成年者代理人が本人の居所を継続的に変更する場合においても、裁判所の許可が必要となる（同 257 条 3 項²⁶）。本人は決定能力を有する限り、常に自ら居所変更を決定する（同 1 項）。裁判所は許可に関する手続きを行う際に、常に本人の個人的な印象を得なければならない²⁷。裁判所が本人が居所変更を拒否しているという印象を受けた場合には、裁判所は成年者保護協会にクリアリングを委託する。成年者保護協会は、少なくとも 5 週間以内に、居所変更の拒否の理由と代替策の有無の調査をしなければならない（非訟事件法 131 条）。

濫用防止のため、すべての成年者代理人は、毎年「生活状況報告書」を裁判所に提出しなければならない（一般民法典 259 条 1 項）。成年者代理人が財産と収入の管理を任務としている場合には、成年者代理人は、任務開始時に財産に関する調査書を裁判所に提出し、その後決算を行わなければならない（同 2 項）。親族と成年者保護協会は、特段の定めがない限り、任務期間内の決算を免除される（同 268 条 2 項）。

第 6 章 医療同意権に関する改正

1 医療同意と決定能力の関係

今回の改正により医療同意権は簡易化され²⁸、かつ医療同意の領域において本人の自己決定権が強化された。医学的治療において、成年者は、決定能

力を有する限り、自ら治療に同意する。今回、医学的治療の定義が条文上規定された。医学的治療とは、医師により、または医師の要請に基づき実施される、診断上の措置、治療上の措置、リハビリ上の措置、病気の要請上の措置、または誕生を援助するための成年者の措置である（一般民法典 252 条）。

治療の同意の可否は、本人が決定能力を有するか否かで区別される。一般民法典 252 条は本人が決定能力を有する場合を規定し、一般民法典 253 条は本人が決定能力を有しない場合を規定している。同 254 条は、決定能力を有しない本人と代理人の同意に対する意見が異なる場合を規定する。このため、まずは本人が決定能力（同 24 条）を有するかどうかを決定することが重要となる。治療を行う者は、決定能力の有無を判断しなければならない。通常は、医師が説明の範囲内で行う²⁹。法の実現は医師に左右される部分も大きいと考えられており、研修や取り決めに準備する必要があるといわれている³⁰。

医師の説明には自己決定についての説明と、治療の安全性についての説明がある。自己決定に関して、医師は、本人が治療に同意するために必要な基礎知識を得られるよう説明を行う。この説明は、身体の完全性への侵害に関する自立した決定を目的としている。自己決定に向けた説明は治療の一部として考えられており、医師の義務となる。治療の安全性に関する説明も治療の一部であり、医師は患者が治療に関して決定できるよう、必要な情報を提供しなければならない。

2 本人が決定能力を有する場合

本人が決定能力を有する場合には、一般民法典 252 条に基づき、本人のみが治療に同意できる。同条は、一般民法典 283 条を継承していると考えられている³¹。一般民法典 252 条は、次のとおりである。

一般民法典 252 条

(1) 医学的治療において、成年者は、決定能力を有する限り、自らのみ同意することができる。医学的治療は、医師により、または医師の要請に基づき実施される、診断上の措置、治療上の措置、リハビリ上の措置、病気の要請上の措置、または誕生を援助するための成年者への措置である。他の法律上定められている健康に関する職業に従事する者による診

断上の措置、療法上の措置、リハビリ上の措置、病気を予防するための措置、看護上の措置、または出生を援助するための措置に関しても、252条から254条が準用される。

(2) 医師が、成年者が決定能力を有しないと判断する場合には、決定能力を得られるように、その成年者をその場で援助する親族、他の身近にいる者、信頼する人物、および、そのような困難な生活状況においてとりわけ熟練した専門の職業従事者を招集するよう努めなければならない。しかし、その成年者が他者の招集と他者への医療情報の開示を了承しないのであれば、医師は、これを控えなければならない。

(3) 2項の意味における援助によって、成年者の決定能力が取り戻される場合には、医学的治療においてその成年者の同意で足り、そうでない場合には253条が規定する。

(4) 説明または援助により生じる遅滞により、生命の危険、甚大な健康損害の危険、または激しい痛みが伴う場合においては、本人の治療に関する説明または2項の意味における本人の援助は回避される。

本人は配慮代理権者または成年者代理人を有していても、決定能力があれば自ら有効に治療に同意できる。治療同意は代理に親しまないと考えられているため、治療同意に許可の留保を命じることはできない³²。

3 本人が決定能力を有しない場合

(1) 決定能力に対する援助

治療を受ける成年者が決定能力を有してはいるが、具体的な治療に対して適切に用いることができない場合には、一般民法典252条に基づき、親族、身近にいる者、信用する者、または専門家が本人を援助して意思を形成できるよう試みる。本人が決定能力を有しない場合には、医療関係者は本人の決定能力を呼び起こすよう努力しなければならない（一般民法典252条2項）。この過程を経ることで生命の危機が生じたり、健康に著しい障害が生じる場合には、努力義務は免除される（同4項）。患者は医師の説明に対して異議を述べることができ、当該異議を発するには発言能力があれば足りる³³。

今回の改正により、本人が決定能力を有しない場合には、治療を行う側が援助して本人の同意を導く。252条2項は、障害者権利条約の方針を実現し

たものであると考えられている³⁴。

(2) 同意権者

援助により本人の決定能力が得られない場合には、一般民法典 253 条に基づき配慮代理権者または成年者代理人の同意が必要となる。一般民法典 253 条は、次のとおりである。

一般民法典 253 条

(1) 決定能力を有しない成年者の医学的治療は、任務範囲にこの事務を含んでいる配慮代理権者または成年者代理人の同意を必要とする。その際、代理人は、本人の意思に導かれなければならない。疑義が生じる場合には、本人は医学的に認められている治療を望んでいることを前提としなければならない。

(2) 医学的治療の根拠と意義は、これが可能であり、かつ本人の福祉を害さない限り、治療の時点において、決定能力を有しない者に説明されなければならない。

(3) 同意の取得によって生じる遅滞により生命の危険、甚大な健康損害の危険、または激しい痛みが伴う可能性がある場合には、配慮代理権者または成年者代理人の同意は、必要とならない。医学的治療が、このような危険を回避した後もまだ続くことが見込まれる場合には、治療は開始されなければならない、以後の治療のための代理人の同意が遅滞なく得られるべきであり、または代理人の任命もしくは代理人の任務の拡大のために裁判所に依頼がなされるべきである。

(4) 治療の時点において、決定能力を有しない者が、拘束力のある患者配慮処分³⁵において、医学的治療を拒否し、患者配慮処分の無効を示唆しない場合には、治療は、代理人の従事なしに終了する。

代理人は、本人が治療を希望することを前提とする（一般民法典 253 条 1 項）。成年者代理においては、困難な治療と簡易な治療の実施要件の差異が撤廃された。旧法において、困難な治療に際し代弁人が同意するには、本人に判断能力がないこと、および治療が本人の福祉の保持に必要なことに關して、診察担当医以外の医師による証明書が必要であった。このような診断書が存在しないか、または本人が治療を拒否している場合には、裁判所の許可が必要であった。（旧 283 条 2 項）。

(3) 本人と代理人の見解が異なる場合

一般民法典 254 条は、本人と代理人の見解が異なる場合を規定する。本人は、医学的治療に対する決定能力を有していない。

一般民法典 254 条

(1) 決定能力を有しない者が配慮代理権者、成年者代理人、もしくは医師に医学的治療を拒否するか、または治療の継続を拒否すると示す場合には、治療に対する配慮代理権者の同意または成年者の同意は、裁判所の許可を必要とする。

(2) 配慮代理権者または成年者代理人が、判断能力を有しない者の医学的治療またはその継続に同意せず、同意しないことによって被代理人の意思に沿わない場合には、裁判所は、代理人の代わりに同意し、または別の代理人を任命することができる。疑義が生じる場合には、被代理人は医学的治療を望むことを前提とすることができる。

(3) そのような裁判所手続きによって生じる遅滞によって、生命の危機、健康を著しく損なう危機、または激しい痛みを伴うようであれば、裁判所による許可もしくは同意の代替、または他の代理人の任命は必要ない。医学的治療がこのような危機を回避した後も継続する場合には、治療は開始され、遅滞なく裁判所に伝達されるべきである。

本人が決定能力を有さず、治療の同意に対して本人と代理人の見解が異なる場合には、治療の難易度に関係なく、裁判所の許可が必要となる。医師が治療を推奨する場合に代理人が異議を唱える場合には、裁判所は、患者が治療を拒否していなければ代わりに同意するか、別の代理人を任命する。本人が治療を希望しているかどうか疑義が生じる場合には、本人が治療を希望していることを前提とする（一般民法典同 2 項）。

4 治療の遅滞により、健康上危険な状態が生じる場合

治療が遅滞することで生命の危機、甚大な健康損害、または激しい痛みが生じる場合には、医師の説明、決定能力への援助、代理人の同意、他の代理人の任命、ならびに裁判所の許可および同意が不要となる（一般民法典 253 条 3 項および 254 条 3 項）。危険な状態を回避する必要がなくなった後も治療が続く場合には、本人または代理人は、遅滞なく治療に同意しなければなら

らない。草案においては、危機を回避するための措置は 14 日以内で行うと規定されていたが、その後撤廃された³⁶。このため、危険な状態を回避するための措置の継続期間は、実務において判断される。

おわりに

1 課題①について

本稿の課題①として、成年者保護のために代行決定制度は必要であると主張することを挙げた。オーストリアは、成年者保護制度において代理制度を維持する決定を行った。本人の自律を損なわないよう配慮して代理制度を用いる場合には、障害者権利条約は代理制度を許容するという見解を有するからである。より具体的にいえば、(1) 代理制度が必要不可欠な場合にのみ用いられ、(2) 代理制度の利用が本人の行為能力の自動的喪失または制限を原則的にもたらすことなく、(3) 代理人が本人の意思に一定程度拘束される場合には、代理は正当化すると考えられた。

(1) に関しては、一般民法典 240 条 1 項が規定する。改正法は任意代理を原則許容し、法定代理を「本人の権利と利益の維持に不可欠である場合にのみ」許容する。

(2) に関しては、一般民法典 242 条 1 項が規定する。改正法は、本人の行為能力（広義）は配慮代理権または成年者代理によって制限されないと規定した。配慮代理権または成年者代理を利用しても、代理人の任務範囲について本人の行為能力が自動的な制限を受けることはない。

(3) に関しては、一般民法典 241 条が規定する。同条 1 項は、代理を用いる場合には本人の希望と考えが可能な限り確保されなければならないと規定する。同 2 項は、本人が情報提供を受けて発言することを保障している。本人の福祉が害されない限り、本人の希望は配慮されなければならない。

これらの規定から、代理が本人の意思に反し必要以上に広汎な範囲で用いられることはないと考えられた。

2 課題②について

改正前は、オーストリアにおいても、本人は代弁人の任務範囲内の事務に関する行為能力を自動的に制限されていた（一般民法典旧 280 条）。この点が障害者権利条約に抵触すると批判されていた。批判を受け、改正により行為能力の自動的制限は撤廃された。行為能力の自動的制限の撤廃は、同条約の批准を受けての改正であるといえる。

一方で、本人保護も重要な法の役割であると認識されていた。本人を詐欺や不利益から守ることが、法の任務であると考えられた。このため、行為能力の制限自体は残された。本人の自律と本人保護のバランスをとるために、行為能力の制限は、実施ごとに裁判所の許可が必要となる。これを「許可の留保」という（一般民法典 242 条 2 項）。許可の留保は「裁判所における成年者代理」においてのみ、裁判所が代理人の任務範囲内において命じることができ、本人の深刻な危機を避けるための最終手段となる。改正法は、行為能力の制限を裁判所の許可を得た最終手段として残すことで、本人の自律を損なうことなく本人保護を図った。

3 課題③について

障害者権利条約は、本人が法的能力を用いるために援助するよう、必要なすべての措置を取ることを締約国に義務づけている。代理をできる限り回避するために、本人が意思決定できるよう、まずは援助を行うことが前提とされた。

立法資料においては、裁判所と成年者保護に関する代理人は、法的援助のみを担う点が明確にされた。成年者代理の章（第 6 章）の始まりに、まずは適切な援助を受けて自ら自己の事務を処理できるよう配慮されるべき旨が規定された（一般民法典 239 条 1 項）。援助では本人の権利と利益の保持が不可能な場合に代理が用いられることになり（一般民法典 240 条 1 項）、代理は援助に対して補充的な手段となる。援助を行う者および援助方法に関しても、詳細な規定が置かれた（一般民法典 239 条 2 項）。援助を行っても代理が必要であると結論づけられた場合にのみ、成年者代理が用いられる。

医療同意の過程においても、援助の実施が規定された。本人が決定能力を有しない場合には、親族など本人の身近にいる者の援助により、本人が意思形成できるよう試みられなければならない（一般民法典 252 条）。援助によ

って決定能力が取り戻され、本人が同意できる場合には同意が有効となる。

4 今後の成年者保護制度における代行決定のあり方

今回の改正で、オーストリアは、本人の自律と保護のバランスを図った³⁷。本人の保護が不十分にならないよう、代理制度と行為能力の制限は維持した。

法定代理は、援助で本人の事務が処理できず、本人が自ら定めた代理人を有さず、本人の権利と利益の維持のために避けることができない場合にのみ利用が許される。行為能力は、裁判所による成年者代理において、本人の深刻な危険を回避するために必要である場合に、特定の法律行為に限定して制限される。法による自動的な行為能力の制限は、廃止された。

ここから、今後の成年者保護法のあり方として、法定代理の補充性および行為能力制限の補充性が指摘できる。法定代理と行為能力制限は無制限に用いられるべきではなく、援助等、本人の自律が制限されない方法が検討され、それでも本人保護に必要である場合に限り、用いることが許される。本人保護を重視すると、代理と行為能力制限は維持せざるを得ない。しかし、障害者権利条約の締約国としては、無条件で法定代理と行為能力の制限を用いることは許されないと考えられる。代理または行為能力制限を用いるには、一定の要件を満たさなければならない。日本の現行法において成年後見人として任命されれば、成年後見人は広汎な代理権を与えられ、本人の行為能力は自動的かつ全面的に制限される。条約締約国としてのオーストリアの改正を一例として、日本は、本人保護と本人の自律とのバランスを見直さなければならないに時期にあるといえる³⁸。成年者保護制度を考えるにあたり、支援付き意思決定制度を検討する必要も生じている³⁹。これについては別稿に譲る。

(Endnotes)

- 1 一般民法典 245 条「(2) 選任された成年者代理または法定成年者代理は、オーストリア中央代理権目録に登録することによって生じる。」
- 2 一般民法典 245 条「(3) 裁判所による成年者代理は、裁判所による任命によって生じる。」

- 3 一般民法典 243 条「(1) 次の者は、配慮代理権者または成年者代理人として任命されてはならない。1. 21 条 1 項の意味における保護に値する者、2. 例えば刑法上の判決のために成年者の福祉を援助する代理の行使が期待できない者、または 3. 成年者が滞在しているか、もしくは成年者の世話をしている施設と依存関係にあるか、それに匹敵する関係にある者。」
- 4 一般民法典 243 条「(2) 1 人の者は、その者が受任に伴う義務を、特に個人的なコンタクトを取る義務を考慮して、適切に処理できるような数の配慮代理権および成年者代理を受任することが許される。総合すると、1 人の者は、成年者保護協会を除いて (成年者保護協会法 1 条)、15 件以上の配慮代理権および成年者代理を引受けてはならない。公証人 (公証人補佐) および弁護士 (弁護士補佐) は、この者が、配慮代理権と裁判所による成年者代理の受任のためのリストに適切な弁護士と公証人として適切に登録されている場合には、この上限を超える事ができる。」
- 5 Schauer, Das vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts, iFamZ (2017), S.155.
- 6 Schauer, iFamZ (2017), S. 155.
- 7 Schauer, iFamZ (2017), S. 154.
- 8 Schauer, iFamZ (2017), S. 154.
- 9 一般民法典 243 条「(3) 複数の成年者代理人は、それぞれ異なる任務範囲についてのみ、本人のために任命されることができ、オーストリア中央代理権目録に登録されうる。」
- 10 一般民法典 246 条「(1) 配慮代理権者または成年者代理人の代理権は、次のことで終了する。1. 被代理人または代理人の死亡、2. 裁判所による決定、3. オーストリア中央代理権目録における配慮代理権の撤回もしくは解約の登録、または配慮ケースの消滅の登録、4. オーストリア中央代理権目録における選任された成年者代理の撤回または解約の登録、5. 法定の成年者代理の場合には、オーストリア中央代理権目録への被代理人の異議の登録もしくはその代理人の異議の登録により、または法定の成年者代理がそれ以前に更新が登録されていない限り、3 年を経過することにより、6. 裁判所による成年者代理の場合には、更新されない限り、少なくとも任命に関する第 1 審の決定後 3 年を経過することによって。成年者代理の変

更または他の者への委託は、この期間を延長しない。」

- 11 Schauer, iFamZ(2017), S. 157.
- 12 一般民法典 258 条「(5) 配慮代理権者が被代理人の財産管理または収入の管理を委託されている場合において、これが配慮代理権に指示されている限り、215 条から 221 条が適用される。」
- 13 一般民法典 258 条「(1) 成年者代理人が被代理人の財産管理または収入管理を委託されている場合には、成年者代理人は、収入と財産により個人的な生活状況に適した本人の必要性を満たさなければならない。」
- 14 一般民法典 258 条「(4) 財産事務における成年者代理人の代理行為は、財産事務が通常の経済活動に属しない限りにおいて、その法的有効性のために裁判所の許可を必要とする。167 条 3 項を準用する。」
- 15 一般民法典 241 条「(1) 配慮代理権者または成年者代理人は、被代理人がその能力と可能性の枠組みにおいて自らの生活状況に基づいて希望と考えを形成でき、可能な限り本人が自己の事務を自ら処理できるよう移行するよう努力しなければならない。(2) 配慮代理権者または成年者代理人は、被代理人がその身上または財産に関する決定において、適時に知らせ、これについて適切な期間に発言する可能性を与えるようにしなければならない。被代理人の発言は、その福祉がこれによって著しく危険に陥る場合を除いて配慮されなければならない。」
- 16 一般民法典 247 条「成年者代理人は、個々のケースの事情に基づき、必要な程度において個人的に被代理人とコンタクトをとらなければならない。その処理に主として法的知識または財産管理の知識が前提とされる事務のみが委託されているのでない限り、コンタクトは少なくとも 1 か月に 1 度はとられなければならない。」
- 17 一般民法典 248 条「(1) 配慮代理権者または成年者代理人は、監護裁判所を除いて、代理人がその任務の行使において委託され、または知ることになった事実について守秘義務を負う。」
- 18 一般民法典 248 条「(3) 配慮代理権者または成年者代理人は、〔次の場合に限り〕以後守秘義務を負わない。1. この限りにおいて決定能力を有する被代理人が代理人を守秘義務から解放するか、2. 被代理人が公表することを義務付けられているか、3. 公表が本人の福祉の保持に必要である

場合。」

- 19 一般民法典 248 条「(2) しかし、配慮代理権者または成年者代理人は、適切な問い合わせに基づき、被代理人の配偶者、登録されたパートナーまたは人生のパートナー、両親および子に、本人の精神状態、身体の状態、居所および自己の任務範囲に関する情報を提供しなければならない。被代理人が別段の指示をしたか、そのような情報提供を望まないとしたか、または情報提供がその福祉に反する場合に限り、この限りではない。」
- 20 一般民法典 259 条「(1) 成年者代理人は、裁判所に対して、毎年、被代理人との個人的なコンタクトの方法と頻度、被代理人の居所、被代理人の精神状態と身体的状態、および昨年処理した事務と来年処理すべき事務を報告しなければならない。詳細は、手続法において定められている。(2) 被代理人の財産管理または収入管理を委託された成年者代理人は、財産状態の基本的な調査の後、財産管理の開始の際に、裁判所に財産を詳細に報告しなければならない。以後の結果において決算をしなければならない。裁判所は、被代理人の福祉の危険を回避するために代理人の活動を監督しなければならない。回避に必要な指示を与えなければならない。(3) 配慮代理権または成年者代理人は、代理証書と公証人規則 140 条により必要となる医師の証明を代理の終了時まで保管し、裁判所の要請により裁判所に引き渡さなければならない。(4) 被代理人の福祉が危険にさらされている場合には、裁判所はいつでも職権により福祉の確保のために必要な措置をとることができる。」
- 21 一般民法典 249 条「(1) 配慮代理権者または成年者代理人は、自らの過失によって生じさせたすべての損害について責任を負う。賠償義務が、すべての事情を、とりわけ過失の程度または被代理人との特別に身近な関係を考慮して著しく酷である場合には、裁判所は、賠償義務を軽減するか、またはすべて免除することができる。(2) 目的にかなった代理の実施に必要な現金の支出、実際の費用、および 1 項に基づき締結された責任義務保険を補填するための適切な費用は、被代理人から選任された成年者代理人および法定成年者代理人に賠償されるべきである。個々の証明が成年者代理人に要求しえない場合には、適切な概算額が支払われるべきである。裁判所による成年者代理人には、276 条 4 項が適用される。」

- 22 Barth, Vom Sachwalter-zum Erwachsenenschutzrecht, NÖ (2018), S. 6.
- 23 一般民法典 263 条「(2) 公証人、弁護士または成年者保護協会の職員が配慮代理権の作成時に代理権授与者の決定能力の存在、配慮事例の開始または代理権者の適性に正当な疑義を生じる場合には、配慮代理権の作成または配慮事例の登録を拒否しなければならない、成年者の福祉の危険について正当な根拠がある場合には、遅滞なく監護裁判所に伝達しなければならない。」
- 24 一般民法典 267 条「(2) 公証人、弁護士または成年者保護協会の職員が選任された成年者代理の要件の存在、または成年者代理人として登録されるべき者の適性について正当な疑義を生じる場合には、登録を拒否し、成年者の福祉の危険に関する正当な根拠を監護裁判所に遅滞なく伝達しなければならない。」
- 25 一般民法典 270 条「(2) 公証人、弁護士または成年者保護協会の職員は、法定の成年者代理の要件の存在、または法定成年者代理人として登録される者の適性に正当な疑義が生じた場合には、登録を拒否し、成年者の福祉の危険に関する正当な根拠を遅滞なく監護裁判所に伝達しなければならない。」
- 26 一般民法典 257 条「(1) 成年者は、居所変更について決定能力を有する限り、自らのみ決定できる。(2) 成年者が決定能力を有しない場合には、この事務を任務範囲が包括している配慮代理権者または成年者代理人は、これが被代理人の福祉の保持に必要である場合に限り、決定を行うことができる。(3) 被代理人の居所を継続的に変更するときは、事前に裁判所の許可が必要となる。戻ることが可能である限り、裁判所による決定が出されるまでに、被代理人の居所は変更されうる。(4) 被代理人の居所が継続的に国外へ移される場合に限り、3 項は、配慮代理権にも適用される。」
- 27 Barth, NÖ (2018), S. 10.
- 28 Koza, Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, iFamZ (2017), S. 171.
- 29 Koza, iFamZ (2017), S. 170.
- 30 Koza, iFamZ (2017), S. 172.
- 31 Koza, iFamZ (2017), S. 170.

- 32 ErlRV 1420 BlgNR 25. GP 30.
- 33 ErlRV 1420 BlgNR 25. GP 31.
- 34 Koza, iFamZ (2017), S. 171.
- 35 患者配慮処分 (Patientenverfügung) とは、特定の医学的治療を拒否する意思表示である (患者配慮処分法 2 条)。
- 36 Koza, iFamZ (2017), S. 172.
- 37 Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts (3. Aufl. 2018), S. 1.
- 38 「障害者の権利に関する条約 第 1 回日本政府報告」(2016) においては、後見類型の制度運用の改善点として、「最良の支援を提供しても、なお法的能力の行使が困難な場合に本人の権利と利益を守るための最終手段として利用されるべきものであり、かつ、代理人が本人に代わって意思決定をする場合にも、法の趣旨に則り、できる限り本人の意思を尊重する」ことが挙げられている (26 頁)。
- 39 木口恵美子「意思決定支援をめぐる国内の論議の動向」福祉社会開発研究 9 号 (2017) 6 頁。

(あおき・ひとみ 桐蔭横浜大学法学部専任講師)